
論 説

教育公務員の再雇用における 行政裁量の限界

——東京都教職員再雇用拒否事件を例として——

岡 田 正 則

- 1 はじめに
- 2 東京都の教育職員に関わる再雇用制度
 - (1) 3つの再雇用制度
 - (2) 高年齢者雇用安定法および地方公務員法の再雇用制度
 - (3) 東京都における教育職員の再雇用職員制度
 - (4) 東京都立学校非常勤教員制度
 - (5) 小 括
- 3 懲戒権者としての都教委の裁量権の範囲とその逸脱・濫用
 - (1) 教育公務員に対する懲戒処分における行政裁量
 - (2) 最近の2つの最高裁判決による行政裁量の限定
 - (3) 本件への適用
 - (4) 小 括
- 4 不合格・合格取消し判断における裁量権の範囲とその逸脱・濫用
 - (1) 再雇用における裁量権の範囲
 - (2) 再雇用における裁量権の範囲に関する従前の裁判例の誤解
 - (3) 本件における裁量基準の具体性・合理性およびその適用関係
 - (4) 再雇用の採用許可判断における裁量権の範囲
- 5 結 論

1 はじめに

公立学校の卒業式等における君が代斉唱時の不起立やピアノ伴奏拒否などが職務命令違反にあたるとして、多数の教職員に対して懲戒処分が行われて

きた。本稿は、これらの処分をめぐる一連の訴訟¹⁾のうち、処分歴があることを理由として東京都教育委員会（以下「都教委」という）が退職後の教職員の再雇用を拒否した事件について、採用権者が有する裁量権の限界およびその司法審査の方法を考察する。最初に、東京都の教育職員に関わる再雇用制度を概観することによって採用権者の裁量権行使の位置づけを行った上で（後述2）、教職員らに対する懲戒権者としての都教委の裁量権行使の範囲とその適否（後述3）、および、退職者雇用に関する判断権者としての都教委の裁量権行使の範囲とその適否を検討し（後述4）、最後に、これらを総合して、採用権者の裁量権に関する上記の考察を行うこととしたい（なお本稿では、教育職を担当する公務員について、おおむね教育行政・公務員法制上の用語法にならって、教育職以外の公務員と対比する場合に「教育公務員」、再雇用制度上では「教育職員」、職務上の位置づけを述べる場合に「教員」、その他の場合には「教職員」という呼称を用いているが、その対象は同じである）。

2 東京都の教育職員に関わる再雇用制度

(1) 3つの再雇用制度

東京都の教育職員に関わる再雇用制度は、地方公務員法28条の4と28条の5所定の再任用制度、東京都公立学校再雇用制度、東京都公立学校非常勤教員制度の3つから成っている。以下、これらの制定趣旨と概要をみていく。

(2) 高年齢者雇用安定法および地方公務員法の再雇用制度

1) 高年齢者雇用安定法の再雇用制度

地方公務員の再雇用制度を概観するための前提として、最初に、高年齢者雇用に関わる再雇用制度をみておこう。

1971（昭和46）年、中高年齢者等に係る雇用の安定および失業対策等を目的とする「中高年齢者等の雇用の促進に関する特別措置法」が制定された。同法は、この後、60歳定年制の普及をふまえて、1986（昭和61）年に、「高年齢者等の雇用の安定等に関する法律」（高年齢者雇用安定法）と改称されるとともに、65歳程度までの雇用・就業の場の確保を図るための法律として抜本改正された。さらに、65歳までの再雇用の努力義務（1990年）、60歳定年の義務化（1994年）、定年引き上げ、継続雇用制度の導入または改善の努力義務（2000年）などに関する改正を経て、2004年改正で、雇用確保措置が義務化された。すなわち、事業主はその雇用する高年齢者の65歳までの安定した雇用を確保するために、①定年の引き上げ、②継続雇用制度の導入、③定年の定め廃止、のいずれかを講じなければならないものとされたのである（同法9条）。このような雇用確保措置の義務化には私法上の効力は生じない——つまり当該規定から直接に再雇用の契約が成立するわけではない——と解されることが多いが、事業主に公法上の義務が生じることについて異論はないと思われる²⁾。

そして、2012（平成24）年8月、継続雇用制度の導入を義務づける改正法が成立した（施行は2013年4月）。この改正法によって、従前の、労使協定で基準を定めれば継続雇用措置の対象者を選別することができるとする規定（旧法9条2項）は削除され、事業主は、定年到達者のうち継続雇用を希望する者全員を継続雇用することを義務づけられることとなった³⁾。

以上のように、高年齢者雇用安定法による再雇用制度は、まず、1986年の時点で60～65歳の高年齢者の雇用・就業の場を確保するという目的であったものが、2004年改正において、事業主が継続雇用制度等を設けて高年齢者の継続雇用を保障する制度となり、さらに2012年改正で、事業主に対して高年齢者全員の継続雇用を義務づける制度となったのである。

2) 地方公務員法の再雇用制度

地方公務員の再雇用は、地方公務員法に基づく再任用制度に基づいて行わ

れる。再任用制度には、時代的に3段階の変遷があるとされている⁴⁾。

第一段階は、1981(昭和56)年の地方公務員法改正による定年制の導入にもなって設けられた再任用制度である(施行は1985年3月31日)。すなわち、同法28条の2は、条例に基づく原則60歳の定年制を定めたのであるが、地方公務員についても高年齢者雇用の安定を図る必要があるという点、および定年制導入による公務運営上の支障が生じないようにするという点を考慮して、同法28条の3は定年延長制度を設け、同法28条の4は定年退職者の再任用制度を導入した。「当時の再任用は、その者を再採用することが公務の能率的な運営に役立つというどちらかといえば地方公共団体側の都合を重視した仕組みであった」⁵⁾と位置づけられている。

第二段階は、1999(平成11)年に、常勤職員の再任用制度から短時間勤務の職を含む再任用制度へと抜本改正された後の再任用制度である(施行は2001年4月)。この改正の結果、「再任用制度は、公務の能率的な運営を確保するためというよりも、むしろ職員の生活を保障するためという色彩の強いものになった」⁶⁾とされている。さらには、「この再任用制度が年金の満額支給年齢の引き上げに対応するものであることから、職員であった者に対する年金の満額支給開始年齢の引き上げスケジュールにあわせて、順次再任用者の任期の末日を引き上げること」とし、各地方公共団体は、条例で、上限年齢を65歳とした上で、次のような経過措置を定めるべきものとされた⁷⁾。

2001(平成13)年4月1日から2004(平成16)年3月31日まで 61歳

2004(平成16)年4月1日から2007(平成19)年3月31日まで 62歳

2007(平成19)年4月1日から2010(平成22)年3月31日まで 63歳

2010(平成22)年4月1日から2013(平成25)年3月31日まで 64歳

なお、上記1999年の改正において、同法28条の5により短時間勤務職員の再任用制度が導入された。この制度の趣旨については、「これは、高齢職員に短時間の勤務形態を希望する傾向があり、地方公共団体においても、従前の非常勤職員におけるような臨時的または補助的な業務ではなく、常勤職員と同様な本格的業務に従事させることができるものとしての短時間勤務の

職を設けることが、弾力的な勤務形態を活用して効率的な業務運営を行うことができることになると考えられたことによるもの」⁸⁾とされている。

第三段階は、2013（平成 25）年から実施された民間部門における継続雇用の義務化および国家公務員制度における義務的な再任用制度の導入⁹⁾をふまえて、地方公務員についても、「定年退職する職員が再任用を希望する場合、当該職員の任命権者は、定年退職の翌日、当該職員を再任用職員として採用するものとする」という、義務的な再任用を導入する方針が決定されている¹⁰⁾。再任用を拒否されるのは、「再任用を希望する者が地方公務員法第 16 条又は第 28 条の規定に基づく欠格事由又は分限免職事由に該当する場合」¹¹⁾に限られることから、この第三段階においては、本件のような 1 回の戒告処分だけを理由とする再任用の拒否は、行いえないものと解される。

以上のところから、地方公務員の再任用は、第一段階（施行時期でいえば、1985～2000 年度）においては、公務運営上の便宜を図る視点が強かったものの、第二段階（同、2001～2012 年度）においては、もっぱら職員の生活保障のために年金支給時期との整合性を図るという視点から運用される制度となり、さらに、第三段階（同、2013 年度以降）においては、任命権者に対して再雇用が義務づけられる制度となったのである。

3) 本件との関係

本件では 2007 年度・2008 年度退職の教職員ら（以下適宜「原告」という）が不合格とされている。その理由は、その不起立行為が職務命令違反・信用失墜行為という重大な非違行為に該当することから、退職前の勤務成績が良好であるとの要件を欠くと判断されたことである¹²⁾。なお、東京都（以下適宜「被告」という）は、2008（平成 20）年 4 月、次の(3)で述べる東京都公立学校再雇用制度を廃止し、上記の 28 条の 4・28 条の 5 の再任用制度に一本化した。

(3) 東京都における教育職員の再雇用職員制度

1) 概 要

都教委は、「東京都公立学校再雇用職員設置要綱」（以下「再雇用要綱」という）を定め、定年退職などによりいったん退職した教職員等を、地方公務員法 3 条 3 項 3 号に定める特別職の非常勤教員（嘱託員）として新たに雇用する制度を実施し、同制度を、教育庁人事部長が定める「東京都公立学校再雇用職員設置要綱の運用について」（以下「運用内規」という）により運用していた。

2) 趣 旨

教育庁人事部は、嘱託員任用事務の手引きを作成しているが、これによれば、本件再雇用制度は、1985（昭和 60）年の地方公務員定年制の施行にともなって制度化されたもので、その趣旨は、退職者に生きがいと生活の安定を与えるとともに、長年培った豊富な知識と技能を退職後も役立て、学校教育の充実を図ることにあった。また、この制度は、導入後、「公的年金における支給開始年齢の引き上げに合わせて 60 歳代前半を雇用により支える」という、引き上げられた年金支給開始時までの退職者の経済的な生活を支える役割を担うことになった。

3) 選考要件・選考方法

再雇用要綱・第 5 は、嘱託員の任命について、① 正規職員を退職または再任職員を任期満了する前の勤務成績が良好であること、② 任用に係る職の職務の遂行に必要な知識および技能を有していること、③ 健康で、かつ、意欲をもって職務を遂行すると認められること、という要件を備えている者のうちから選考の上、1 年以内の雇用期間付きで（ただし、要件審査の上、満 65 歳に達する年度の 3 月 31 日まで、4 回に限り更新できる）、都教委が任命することとし、また、選考方法については、教育庁人事部長が別に定めると規定してい

た。そして、運用内規には、嘱託員の選考方法として、勤務実績、適性および健康状況についての所属長の推薦書ならびに希望者の申込書を徴し、希望者の意欲および意向を確認するために面接を行い、面接、推薦書および申込書により希望者を総合的に判定し、採否を決定すると規定されていた。

4) 再雇用制度の運用実態

再雇用制度の目的の一つは、定年制の導入にともない生じた定年退職者等の生活保障にあった。また、いずれの選考基準も抽象的であり、選考資料は本人の申請書、所属校長の推薦書および面接の結果だけであって、改めて試験が実施されることはないという手続きからみても、再雇用職員には通常の教職員退職者が有する以上の格別高度な能力・技能等が要求されるものではなかった。そして、毎年約 600～1000 名余りの者が再雇用職員としての採用を希望し、特に、都立学校長ら宛の 2003 (平成 15) 年 10 月 23 日付「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について (通達)」(以下「本件通達」という) 発令前の 2002 (平成 14) 年度まではほとんど全員が採用されていた。

5) 本件との関係

以上の東京都公立学校再雇用制度は、2008 (平成 20) 年 3 月末に廃止され、同年 4 月からは地方公務員法 28 条の 4・28 条の 5 所定の再任用制度に一本化された。その理由は、団塊世代の退職によって人手不足になるにもかかわらず、再雇用制度では勤務日数が 13 日に限定されていることおよび常勤職員の職務への対応が困難であることから、このような限定のない再任用制度に統合する、ということである。この一本化によって、定数外の位置づけであった再雇用職員の業務は、定数内の位置づけである再任用職員によって担われるべきことになった。

本件において、2006 (平成 18) 年度・2007 (平成 19) 年度末退職者らは、再雇用職員採用候補者選考への申込みをし、不合格または合格取消しとされ

た。その理由は、原告らの本件不起立行為が職務命令違反・信用失墜行為という重大な非違行為に該当することから、退職前の勤務成績が良好であるとの要件を欠くと判断されたことである¹³⁾。

(4) 東京都公立学校非常勤教員制度

3つめの再雇用制度である東京都公立学校非常勤教員制度の概要・運用実態等を確かめる。以下の点に異論はないと思われる¹⁴⁾。

1) 概 要

都教委は、上述のとおり、1985(昭和60)年度に東京都職員に定年制が導入された際、上記再雇用職員制度を導入し、以来20年以上にわたり同制度を運用していたが、2008(平成20)年度から、教育職員を含めた東京都の人事制度全体について、再雇用職員制度を原則として廃止し、定年退職後の雇用は地方公務員法28条の4、同法28条の5に基づく再任用制度を基本とすることとし、あわせて、都立学校等に勤務する講師の報酬等に関する条例(以下「講師条例」という)等の改正によって、新たに同法3条3項3号に基づく「日勤講師」という職を設置する東京都公立学校非常勤教員制度を導入した。非常勤教員制度については、講師条例のほかに、「都立学校等に勤務する日勤講師に関する規則」(以下「講師規則」という)、「都立学校等に勤務する日勤講師の取扱いに関する要綱」(以下「講師要綱」という)が定められている。

2) 趣旨・導入目的

被告の説明によれば、非常勤教員制度の趣旨・導入目的は次のとおりである。「都教委においても、東京都全体の再雇用制度原則廃止の方針に基づき、再任用職員の一層の活用を図ることとした。しかし、再任用職員は定年前職員と同様に定数内職員であるが、学校において、特に短時間勤務の再任用職員は、勤務日数が限定され、すべての授業日に出勤することとはならな

いため、学級担任をさせることができず、学校運営上も十分な活用を図ることが難しい」。「また、再雇用職員は、正規職員では持ちきれない授業やそのほか様々な教育課題を解決するために多くの業務をこれまで担ってきたが、非常勤職員であったことから定数外であった。再雇用制度が廃止された場合、これらの業務の担い手がいなくなることになり、結果として再任用職員を含む定数内の正規教員がこれらを担わざるを得なくなり、正規教員の負担が増大し、教育の質の低下を招きかねない」。「このような点から、従来、再雇用職員が担ってきた業務のうち、欠かせない業務を担う非常勤の職として新たに非常勤教員制度を設けることとし、平成 19 年度に制度を導入し、平成 20 年 4 月 1 日から任用を開始した」。「すなわち非常勤教員制度は、いわゆる『団塊世代』の教員の大量退職により、ベテラン教員の多くのマンパワーが失われていく中で、様々な問題の解決と学校教育の質の向上に、これまでに教職を長く経験してきた者の豊富な知識と経験を活かしていくことを目的とし、新たに設けたもの」である¹⁵⁾。このように、非常勤教員制度は、従前の再雇用職員制度が担ってきた業務のうち地方公務員法 28 条の 4 および 28 条の 5 所定の再任用制度では対応できない業務の受け皿の制度として設けられたのである。

3) 選考要件・選考方法

講師規則によれば、日勤講師を「非常勤教員」と称すること等とともに、日勤講師は選考により教育委員会が任命し（6 条 1 項）、その選考の方法その他必要な事項は、教育長が別に定める旨（同条 2 項）が規定されている。都教委教育長は、2008（平成 20）年 4 月 1 日に任用する日勤講師の採用候補者を決定するための選考の実施に関し、2007（平成 19）年 11 月 28 日付「平成 19 年度非常勤教員採用候補者選考実施要綱」（以下「平成 19 年度選考実施要綱」という）を定めた。

平成 19 年度選考実施要綱によれば、非常勤制度の選考の要領は、次のとおりである。① 2007（平成 19）年度定年退職者、② 2007（平成 19）年度末勤

奨退職者、③ 2006 (平成 18) 年度奨奨退職者のうち、56 歳、57 歳、58 歳または 59 歳で退職した者で、現に再雇用職員として勤務している者、④ 2005 (平成 17) 年度奨奨退職者のうち、56 歳、57 歳または 58 歳で退職した者で、現に再雇用職員として勤務している者を対象とし、受験希望者は、申込書に必要事項を記入し、所属長を通じて申込書等を人事選考課に提出する。そして、提出された書類の審査および面接等の結果を総合的に勘案し選考し、2008 (平成 20) 年 2 月中旬に、所属長を通じて、申込みをした者に選考結果を通知する。なお、平成 19 年度選考実施要綱に基づく通知によれば、希望者が区市町村立学校に在籍している場合の申込方法として、所属長は申込書を提出した者について、推薦書を作成し、申込書と推薦書を所轄の委員会に提出することとされている。

4) 非常勤教員制度の運用実態

再雇用制度は定年制の導入にともなう定年退職者等の生活保障を制度趣旨の一つとして導入されたが、非常勤教員制度は、この再雇用制度が原則廃止されたのと同時に施行され、当面は東京都の公立学校教員退職者を採用の対象としている。また、職務内容は再雇用制度に係る職員が担っていた業務と基本的に重なっており、報酬額も従前の 16 日勤務の再雇用職員と同水準になっている。そして、非常勤教員の選考にあたっての主な選考資料は申込者本人の申込書、所属長の推薦書または面接の結果のみであり、改めて試験が実施されることはなく、通常の教職員退職者が有する以上の格別高度な能力、技能等が要求されるものではない。2007 (平成 19) 年度から 2009 (平成 21) 年度までの各非常勤教員採用選考実施状況では、申込者数に対する合格者数の割合はいずれも 95% を超えていた。

5) 本件との関係

本件において、2007 (平成 19) 年度・2008 (平成 20) 年度末退職者らは、各年度の非常勤教員採用候補者選考への申込みをし、不合格とされた。その理由

は、原告らの本件不起立行為が職務命令違反・信用失墜行為という重大な非違行為に該当することから、退職前の勤務成績が良好であるとの要件を欠くと判断されたことである¹⁶⁾。

(5) 小 括

1) 本件に関わる再雇用制度に関して注目しておくべき点

以上、本件に関わる３つの再雇用制度を概観したが、これらの制度設置の経緯と目的、採用者の担当業務、制度運用の方針と実態に鑑みれば、これらは退職後の教育職員を雇用するための制度として位置づけられている。つまり、これら３つの再雇用制度の設置は、いずれも、被告が負っている雇用確保措置の義務の履行にはかならないのである（もし被告が東京都の教員公務員について継続雇用の制度を設けずに、定年後の教育公務員の生活保障を顧みない態度をとっているとすれば、それは、違憲・違法な義務の不履行になるであろう）。なお、非常勤教員制度について、被告は「定年制導入の代償措置として設けられた再雇用制度とは異なるもの」¹⁷⁾と述べているが、被告が非常勤教員制度を退職後教職員の雇用制度として位置づけていることは、再雇用制度の廃止後に地方公務員法所定の再任用制度の補完として創設した経緯および本件原告らに関する不合格等を他の再雇用制度と一体として判断している点からして明瞭であろう（付言すれば、非常勤教員制度は、将来的には退職者以外にも適用可能な制度設計になっているということにすぎず、被告による制度の位置づけはもっぱら再雇用の保障に対応する制度として用いられているのである）。

さて、上記の３つの再雇用制度について、まず、本件との関係で注目すべき点を指摘しておく。第一に、再雇用するか否かは正規職員としての雇用時の勤務実績によって判断されている、ということである。この実績は、退職者が継続して同様の業務に就くことがふさわしいかどうかという観点から評価・判断するものとされており、また、正規職員としての勤務時の評価者と再雇用時の採否の判断者は同一である。つまり、再雇用時の採否の判断は、

継続雇用の判断として行われているのであって、新規採用とはその性質がまったく異なる。上記3つの再雇用制度が年金支給との関連において設置・改廃されてきた経緯および定年前後の雇用の継続性に鑑みれば、継続雇用を遮断することは、実質上、免職処分ないし停職処分に相当すると考えられる。第二に、原告らが不採用となった理由は、不起立を理由とする職務命令違反の懲戒処分だけだということである。この点は、被告の主張から明らかであるし、また、3名の合格者が上記処分を受けたことによって突然に合格取消しとされたことから明らかである。被告は総合考慮を行った結果として原告らの採用を拒否したわけではなく、上記処分だけを理由として拒否したのである。

2) 都教委による2段階の裁量権の行使

次に、都教委の裁量権の行使が2段階で行われていることを確認する。

第一段階は、懲戒処分における裁量権の行使である。たしかに、公務員の一定の行為に対して懲戒処分を行うか否かおよびいかなる程度の処分を行うかについては処分権者に裁量の余地が認められるが、その裁量権には、合理的な基準に基づいて、組織規律上必要とされる範囲で行うべきことなど、一定の限界がある。そして、この裁量権の範囲を判断するにあたっては、最近の最高裁判例をふまえる必要がある。例えば、後述の最判 2012・1・16（東京都教職員懲戒処分事件）および最判 2012・1・16（東京都教職員停職処分事件）のほか、最判 1996・3・8（神戸高専剣道実技拒否退学処分事件）、最判 2006・2・7（呉市中学校使用不許可事件）、最判 2006・3・23（熊本刑務所長信書発信不許可国賠事件）、最判 2006・9・4（林試の森事件）などの判例である。

なお、不起立行為そのものが懲戒処分の理由とはなりえないことには、注意を要する。君が代斉唱時の起立は、法的にも職務上も教職員の義務ではないからである。もし懲戒権者が不起立行為そのものを「全体の奉仕者たるにふさわしくない非行」（地方公務員法 29 条 1 項 3 号）とみなして懲戒処分を行ったのであれば、当該処分は違法な処分ということになる。また、起立するこ

とは公務員に対して身分上で要請される責務ではないので、不起立行為が信用失墜行為になることもない。したがって、もし懲戒権者が不起立行為を信用失墜行為とみなして懲戒処分を行ったのであれば、当該処分は違法な処分ということになる（詳しくは、後述3(3)参照）。

第二段階は、再雇用の判断における裁量である。再任用の基準は、再雇用要綱・第5「正規職員を退職……する前の勤務成績が良好であること」等であり、被告による原告らの不合格等に関する理由説明からすると、非常勤教員制度も同様であると解される。この基準の解釈には任命権者の裁量が認められるとはいえ、この基準自体が不明確である点、およびこの基準の解釈にも一定の限界が画される点については、詳しい検討が必要である（後述4参照）。

3) 本件における任用拒否処分の存在

念のため、ここで、本件不合格・合格取消しが行政処分手続の一環であることを指摘しておく。公務員の勤務関係については、特別権力関係説、労働関係説、公法上の勤務関係説があり、判例はこのうちの公法上の勤務関係説を採っている¹⁸⁾。そして、その成立（任用）に関しては行政処分によるという理解に立っており¹⁹⁾、学説もおおむねこのような理解を支持していると考えられる²⁰⁾（労働契約法22条1項が国家公務員・地方公務員を同法の適用対象から除外している点も、このような理解を補強するものといえよう）。地方公務員法3条3項、28条の4および28条の5に基づく再雇用制度における任用についても同様に考えることができる。本件でいえば、「東京都職員〔嘱託員、日勤講師等〕としての地位を取得させることを目的とする確定的な意思表示」²¹⁾が行政処分に当たる。採用候補者選考の申込みは、この行政処分を得るための申請行為である。したがって、本件の不合格の通知は、この行政処分を拒否する確定的な意思表示であり、また、合格通知の取消しは、行政処分を予告する内定通知の取消しであって、上記行政処分を拒否する確定的な意思表示である。裁判例の中には「本件再雇用、本件再任用職員の採用選考申込者に

は、職員として採用することを求める法的権利が与えられていないのであるから、原告には一定の処分を求める法令上の申請権があるとは認められ」ないとする判断もみられるが²²⁾、これは誤解である。実体法上の権利がなくても法令上の申請権が認められる例は多数存在する。例えば、行政財産の目的外使用許可の申請は、申請者が当該財産の利用権を有していなくても、通常は「法令上の申請」とみなされるし、国公立学校の受験申請、あるいは帰化の許可のような講学上の「特許」を求める申請は、当該学校への入学を求める権利や国籍付与の請求権等が与えられていないという理由で「法令上の申請権があるとは認められない」などということにはならない。

万が一、公務員の任用は「申請に対する処分」に該当しないという見解を採る場合であっても、本件の不合格通知または合格取消し通知は「東京都職員〔嘱託員、日勤講師等〕としての地位を取得させることを目的とする意思表示を拒否する旨の確定的な意思表示」であって、行政処分手続の一環として、再雇用制度の趣旨をふまえたものでなければならないのである。付言すれば、公務員（官吏）の勤務関係の成立は、もともと契約によるものと理解されていたが、19世紀後半には当該契約が「公法上の契約」と理解され、さらに20世紀前半の、オットー・マイヤーや美濃部達吉による「受諾に基づく行政行為（Verwaltungsakte auf Unterwerfung）」による成立という理解を経て、今日の日本では行政処分に基づくものという理解に至っている。それゆえ、現行の日本の公務員法制における勤務関係に関しては契約的な要素と行政処分的な要素が混在しており、またこれにともなって、行政判断の法的な位置づけや、雇用される公務員の側の申請権等の手続的な権利保障が、必ずしも正当に整備されていない制度になっているのである²³⁾。本件の不合格通知を「申請に対する拒否処分」と理解するにせよ、「一方的な拒否処分」と理解するにせよ、このどちらに属するのか不明な混乱した仕組みと理解するにせよ、そこでの判断における裁量は、再雇用制度の趣旨に拘束されることになるのである。

以上、要するに、本件不合格・合格取消しの通知は、地方公務員法 28 条

の4または28条の5、講師規則6条などが定める採用・任命（任用）の拒否処分の表示であって、処分手続の一環であり、それゆえ、そこにおける裁量権の行使は再雇用制度の趣旨をふまえたものでなければならないのである。

3 懲戒権者としての都教委の裁量権の範囲と その逸脱・濫用

(1) 教育公務員に対する懲戒処分における行政裁量

職務命令違反の不起立行為を理由とする懲戒処分に関する裁量権の範囲に関し、私は、論文「教育公務員の懲戒処分に関する裁量権の逸脱・濫用の違法について」²⁴⁾において検討を行ったことがある。同論文では、まず、公務員の懲戒処分における行政裁量の司法審査に関する最高裁判例を概観した。その要旨は、第一に、最高裁は、神戸税関事件最高裁判決（最判1977〔昭和52〕・12・20民集31巻7号1101頁）にみられたような旧式の審査方法——懲戒処分について広範な効果裁量を処分権者に認め、処分の軽重に関する司法審査を行わないような逸脱・濫用型の審査方法——をもはや用いなくなっていること、第二に、懲戒処分における裁量権行使の適法・違法を裁判所が審査するにあたっては、少なくとも近年の最高裁が示す審査密度に沿うべきだということ、具体的にいえば、処分に関する裁量基準が合理的であるか否かの審査や、行政判断における要考慮事項の不考慮、考慮事実の不適正評価、比例原則・平等原則違反といった点の審査などを行う判断過程審査が、今日では司法審査の通例となっていること²⁵⁾、第三に、教育公務員の教育活動に対する懲戒処分の審査については、一般公務員に対する懲戒処分の審査の場合とは異なり（教育公務員には一定の教育的裁量が認められている点）、裁判所は、職務命令違反という形式的な根拠事実の有無だけではなく違反行為の教育上の支障という実質的な根拠事実の有無をも検討した上で、裁量権行使の適否を審査・判断すべきこと²⁶⁾、である。

次に、同論文は、上記の審査・判断方法に照らして、不起立行為を理由とする停職処分事件を考察した。その要旨は次のとおりである。行政権の場合には、各々の行政組織は各々の行政目的を与えられているのであるから、裁量権の行使も当該目的に沿うものでなければならず、また、これに即した考慮要素をふまえたものでなければならない。教育公務員に対する懲戒処分であれば、懲戒権者は、職務命令違反という形式的な一事をもって懲戒処分を行うことは許されず、職務命令の必要性和合理性、懲戒の対象とされた教育活動による教育上の法益侵害の有無、当該教育活動の教育行政組織に対する影響、懲戒処分に付す必要性和懲戒の程度との均衡などの諸点を考慮しなければならない。

以上の考察をふまえて、同論文は、① 君が代斉唱時の起立を命じる職務命令に必要性・合理性はない、② 不起立行為を信用失墜行為とすることはできないし、これを懲戒処分の理由として用いることは違法である、③ 当該職務命令違反は懲戒処分事由に該当しない、という結論を述べた。

職務命令違反の不起立行為を理由とする懲戒処分における裁量権の範囲については、本件においても、裁判所は上記のような審査・判断方法を用いるべきであろう。最高裁判所も、次に述べる2つの判決において、おおむねこのような審査・判断方法を用いて、都教委による停職処分・減給処分を取り消したのである。

(2) 最近の2つの最高裁判決による行政裁量の限定

不起立行為を理由とする懲戒処分における行政裁量について、最判2012(平成24)・1・16判時2147号127頁(東京都教職員懲戒処分取消請求事件)および同日の最判2012(平成24)・1・16判時2147号139頁(東京都教職員停職処分取消請求事件)は、懲戒権者の裁量権の範囲を限定する判断を示した。両者の判断枠組みは同一であるので、ここでは、前者の判示部分を示すことにしよう。

1) 懲戒処分が適法となりうる範囲

最初に、同最判は、懲戒処分が適法となる範囲について、次のような判断枠組みを示している。

「本件職務命令〔卒業式の国歌斉唱の際に起立斉唱行為等を命ずる旨の職務命令〕の違反に対し、教職員の規律違反の責任を確認してその将来を戒める処分である戒告処分をすることは、学校の規律や秩序の保持等の見地からその相当性が基礎付けられるものであって、法律上、処分それ自体によって教職員の法的地位に直接の職務上ないし給与上の不利益を及ぼすものではないことも併せ考慮すると、将来の昇給等への影響や……本件における条例及び規則による勤勉手当への影響を勘案しても、過去の同種の行為による懲戒処分等の処分歴の有無等にかかわらず、基本的に懲戒権者の裁量権の範囲内に属する事柄ということができる」と解される。……本件職務命令の違反に対し懲戒処分の中で最も軽い戒告処分をすることが裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるとは解し難い。また、本件職務命令の違反に対し1回目の違反であることに鑑みて訓告や指導等にとどめることなく戒告処分をするに關しては、これを裁量権の範囲内における当不当の問題として論ずる余地はあり得るとしても、その一事をもって直ちに裁量権の範囲の逸脱又はその濫用として違法の問題を生ずるとまではいい難い」。

この最高裁の判断枠組みについて正確に理解しておくべきは次の2点である。第一に、職務命令違反だけが戒告処分を根拠づける理由とされていることである。不起立行為自体を戒告処分の根拠とすることはできない。それゆえ、不起立行為を信用失墜行為とみなして懲戒処分を行うことは、上記最高裁の判断に照らしても違法である。

第二に、この判断枠組みによれば、起立行為を命じる職務命令に違反したという理由での戒告処分は、「法律上、処分それ自体によって教職員の法的地位に直接の職務上ないし給与上の不利益を及ぼすものではない」という程度の軽い処分であること、あるいは処分のマイナスの影響を最大限に見積もっても「勤勉手当への影響」ととどまるものとされていること、である。最高裁は、このように、戒告処分を「懲戒処分の中で最も軽い」処分であるがゆえに、裁量権の逸脱・濫用にあたらないと解するとともに、戒告処分を行うこと自体についても「これを裁量権の範囲内における当不当の問題とし

て論ずる余地はあり得る」と位置づけているのである。

2) 戒告を超える懲戒処分を行いうる場合

次に、戒告を超える処分を行いうる場合について、同最判は、次のような限定を示している。

「不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えてより重い減給以上の処分を選択することについては、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要となるものといえる。……不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えて減給の処分を選択することが許容されるのは、過去の非違行為による懲戒処分等の処分歴や不起立行為等の前後における態度等（以下、併せて「過去の処分歴等」という。）に鑑み、学校の規律や秩序の保持等の必要性と処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められる場合であることを要すると解すべきである」。

その上で、同最判は、上記「当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情」について、次のように判示している。

「〔減給処分を受けた第1審原告については〕都教委において、過去の懲戒処分の対象とされた非違行為と同様の非違行為を再び行った場合には量定を加重するという処分量定の方針に従い、過去に同様の非違行為による戒告処分を受けているとして、量定を加重して減給処分がされたものである。しかし、過去の懲戒処分の対象は、約2年前に入学式の際の服装及びその後の事実確認に関する校長の職務命令に違反した行為であって積極的に式典の進行を妨害する行為ではなく、当該1回のみに限られており、本件の不起立行為の前後における態度において特に処分の加重を根拠付けるべき事情もうかがわれないこと等に鑑みると、……過去に入学式の際の服装等に係る職務命令違反による戒告1回の処分歴があることのみを理由に同第1審原告に対する懲戒処分として減給処分を選択した都教委の判断は、減給の期間の長短及び割合の多寡にかかわらず、処分の選択が重きに失するものとして社会観念上著しく妥当を欠き、上記減給処分は懲戒権者としての裁量権の範囲を超えるものとして違法の評価を免れないと解するのが相当である」。

3) ま と め

以上のような最高裁の判示に照らして本件をみれば、後述の3(3)3)およ

び4(4)2)で述べるとおり、① 本件のような戒告処分の対象行為を「重大な非違行為」と評価すること、② 非違行為の「重大」さを根拠づける具体的な事情を示すことなく「重大」と評価すること、③ 戒告処分以外の不利益な取扱いを行うことは、裁量権の範囲を超えるものとして違法となるのである。

(3) 本件への適用

1) 本件における懲戒処分の理由

都教委は、本件の原告らに対して、ほぼ同一の理由に基づいて戒告処分を行った。「処分の理由」として共通に記載されているのは、おおむね次のとおりである。

「処分の理由

上記の者は、平成××年×月×日午後×時×分ころ、東京都立××高等学校会議室で行われた職員会議において、同会議に出席していた他の同校教職員とともに、同校平成××年度第××回卒業証書授与式では国歌斉唱の際は、起立して国歌を斉唱することという職務命令を校長から口頭で受け、また、同月×日午後×時×分ころ、同校校長室において、同様の内容の職務命令を校長から文書で受けていたにもかかわらず、同月×日午前××時ころ、同校体育館で開催された卒業式の国歌斉唱時において、起立しなかった。

このことは、地方公務員法第32条に違反するとともに、全体の奉仕者たるにふさわしくない行為であって、教育公務員としての職の信用を傷つけ、職全体の不名誉となるものであり、同法第33条に違反する。

よって、上記の処分を行うものである。」

この「処分の理由」について検討しなければならないのは、第一に、卒業式での起立・斉唱を原告らに命じる職務命令（以下「本件職務命令」という）が適法か、第二に、地方公務員法32条違反という判断は適法か、第三に、同法33条違反という判断は適法か、という3点である。

2) 本件職務命令は適法か——その必要性・合理性は認められるか——

東京都教育委員会教育長は、2003(平成15)年10月23日、都立学校長ら宛

に本件通達を発出するとともに、都内の区市町村教育委員会教育長ら宛てに同一内容の指導を行うべき旨を通知した。そして都教委は、同日、都立学校の校長を対象に、本件通達の趣旨等を説明し、学校行事等における国旗掲揚、国歌斉唱の実施を徹底するため、「教育課程の適正実施にかかわる説明会」を開催した。この説明会における職務命令に関する説明は次のとおりである²⁷⁾。

「この場で、白井勇人事部長は、校長が職務命令を発した場合の注意事項として、(1) 職務命令を出して、教員を従わせることが大事であること、(2) 職務命令に関しては、いつ、どこで、誰に発したかを正確に記録すること、(3) 国旗は舞台壇上正面に掲揚すること、……(13) 職務命令についてはマニュアルを作成するので、それに従うことなどを説明した」。

このように、都教委は、卒業式における起立・斉唱の職務命令を、卒業式等の円滑な進行のためではなく、まさしく「教員を従わせること」を最大の目的として各校長に出させたのである。それゆえ、本件職務命令は、卒業式等の円滑な進行という観点からではなく、むしろ、命令への教員の服従自体——いわば「踏み絵を踏ませること」自体——を目的としている点で他事考慮あるいは不正な動機に基づく命令だといえるし、原告らの信条を考慮して他の執るべき手段を考慮していない点で、考慮すべき事項を考慮していない命令だといえよう。

以上のとおり、職務命令の発出について命令権者が広範な裁量権を有するとしても、本件職務命令は、その裁量権の範囲を超えまたはその濫用があった場合に該当するので、本件職務命令に反する教職員の不起立行為が懲戒処分相当の行為とみなすことはできない。まして、本件においては原告らの不起立行為それ自体によって、式典の進行が妨害されたことはなく、何らの支障も生じなかったのであるから、職務命令に従わなかったという形式的一事をもって制裁を科すことは不適切だといわざるをえない。

3) 本件職務命令に反する不起立行為は地方公務員法 32 条違反か

前述 3 (1) で示した判断過程型の審査によれば、裁判所が懲戒権者の裁量権の範囲を審査するためには、最初に、処分基準である東京都教育庁所定の「教職員の主な非行に対する標準的な処分量定」²⁸⁾ (以下「処分量定」という) の合理性を審査すべきことになる。この処分量定に基づけば、職務命令違反に対応する処分の量定は「減給、戒告」とされている。しかし、前掲の最判 2012・1・16 (東京都教職員懲戒処分事件) が判示したように、単なる不起立行為だけが職務命令違反とされるような事案において減給処分を選択することは、裁量権の範囲の逸脱となる。最高裁は、処分量定の運用における裁量をこのように限定した上で、その合理性を認めたのである。

次に、仮に、上記のような限定を付して処分量定の合理性を認めるとしても、具体的な適用が恣意的であれば、当該懲戒処分は違法となる。これを本件についてみると、本件職務命令が卒業式等の円滑な進行という観点からではなく、むしろ命令への教員の服従自体を目的としていた点に鑑みれば、本件職務命令には必要性も合理性も認められないので、ことさら職務命令違反という形式的な一事のみをもって制裁を加えることは、「考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断する」場合に該当するといえよう。不起立行為が儀式的行事に支障を生じさせないのであれば、原告らが本件職務命令に従わなかったことをもって「重大な非違行為」とする被告の評価²⁹⁾は、まことに恣意的な評価だといわざるをえない。また、被告が本件の職務命令違反を「重大な非違行為」というのであれば、被告は、何をもって「重大」と評価したのかについて、最低限、その判断の合理性を裏づける具体的な事情を示さなければならない³⁰⁾。例えば、儀式進行上の支障が重大であったのか、子どもたちへの教育的影響が重大であったのか、教育組織上の支障が重大であったのか、等の事情である。都教委は、懲戒処分の説明の時点では、本件職務命令に従わなかったことを「重大な非違行為」とは説明していなかった³¹⁾のに対して、原告らの不合格・合格取消しの時点で、「重大な」非違行為と説明し始めたようであり、具体的な事情が存在し

ないにもかかわらず「重大」と言い募っているものと推察される。

結局、本件のような戒告処分の対象行為を「重大な非違行為」と評価することは許されない、と考えざるをえない。なぜなら、当該行為に対して懲戒権者が行った制裁が「懲戒処分の中で最も軽い戒告処分」であるがゆえに、ギリギリで違法とはみなさない——「〔本件職務命令違反という〕その一事をもって直ちに裁量権の範囲の逸脱又はその濫用として違法の問題を生ずるとまではいい難い」——というのが最高裁の判断だからである。仮に懲戒権者が戒告処分を行いうるとしても、当該行為を「重大な非違行為」と評価するのであれば、それは違法な評価であって、判例に即して是正されなければならない。換言すれば、真に「重大な非違行為」だとするなら、減給・停職・免職の懲戒処分を行うべきところ、不起立行為を理由とする職務命令違反についてはこうした懲戒処分を行えないような非違行為なのであるから、ことさらに「重大な」非違行為と評価することは、恣意的な評価・説明であって、司法判断において是正されなければならないのである。また、戒告処分に基づく不利益な取扱い、最大限に見積もって「勤勉手当への影響」ととどまるとされているのであるから、後述のとおり、これを再雇用拒否の理由とすることは許されないことになろう。

なお、前掲の最判 2012・1・16（教職員停職処分取消請求事件）の差戻審判決³²⁾は、次のように判示し、都教委の過剰な懲戒処分が違法だとして、東京都の損害賠償責任を認めた。

「不起立行為に対する懲戒において停職処分を選択することについて、上記の相当性を基礎付ける具体的な事情が認められるためには、例えば過去の 1, 2 年度に数回の卒業式等における不起立行為による懲戒処分の処分歴がある場合に、これのみをもって直ちにその相当性を基礎付けるには足りず、上記の場合に比べて過去の処分歴に係る非違行為がその内容や頻度等において規律や秩序を害する程度の相応に大きいものであるなど、過去の処分歴等が停職処分による不利益の内容との権衡を勘案してもなお規律や秩序の保持等の必要性の高さを十分に基礎付けるものであることを要する（本件の上告審判決参照）」。

本件では、上記事件と同様に、学校の規律や秩序の保持等の必要性を基礎

づける具体的な事情が存在していなかったと考えざるをえないので、停職処分と同等以上の影響を原告らに対して及ぼす不採用の判断は許されないと解されるし、また、上記事件と同様に、被告の賠償責任も免れないと思われる。

以上、要するに、本件不起立行為は、地方公務員法 32 条違反を理由として懲戒処分に付すべき対象には該当せず、また、科すべき不利益の程度が戒告に限定されるという最高裁の判断枠組みに照らしてみれば、停職処分相当の不利益を科すこととなる再雇用拒否の判断は、都教委に委ねられた裁量権の範囲を逸脱するものといわざるをえないのである。

4) 原告らの不起立行為は信用失墜行為（地方公務員法 33 条違反）か

原告らに対する処分説明書は、不起立行為について「全体の奉仕者たるにふさわしくない行為であって、教育公務員としての職の信用を傷つけ、職全体の不名誉となるものであり、同法〔地方公務員法〕第 33 条に違反する」と記載している³³⁾。しかし、何ゆえ不起立行為が「全体の奉仕者たるにふさわしくない行為」に該当するのか、そして何ゆえそれが「教育公務員としての職の信用を傷つけ、職全体の不名誉となるもの」となるのかは明らかではない。

もし都教委が、不起立行為は「教育公務員として負う職務上の義務に違反」するという考えに基づいて不起立行為を処分理由に挙げたのだとすれば、当該処分は明白に違法である。なぜなら、起立行為は職務上の義務には該当しないにもかかわらず、これを職務上の義務と誤認して行った処分だからである。仮に起立自体が職務上の義務であれば、そもそも起立を命じる職務命令を発する必要はない（都教委が自認しているとおり、本件通達が各教員に対して職務命令を発出して起立行為を命じることとしたのは、起立行為を職務上の義務にするためである）。たびたび指摘してきたように、「全体の奉仕者」は卒業式等の君が代斉唱時に起立しなければならないなどという規範は、どこにも存在しない。

もし都教委が、原告らの不起立行為が「教育公務員としての職の信用を傷

つけ」たと主張するのであれば、起立行為について「職の信用」が確立していることを論証しなければならないはずであるが、このような論証は行われておらず、また、この点について「職の信用」が確立しているということもできない。前掲の最判 2012・1・16（教職員停職処分取消請求事件）は、「当該行為〔不起立行為〕は、……影響として、学校の儀式的行事としての式典の秩序や雰囲気を一定程度損なう作用をもたらすものであって、それにより式典に参列する生徒への影響も伴うことは否定し難い」という程度の影響を認めているが、これをもって、「教育公務員としての職の信用を傷つけ」たとは判断していないのである。むしろ、裁判例等が指摘するように、「憲法学を始めとする学説、日本弁護士連合会等の法律家団体においては、理由づけは様々であるが、結論として起立斉唱・ピアノ伴奏の強制は憲法 19 条等に違反するというのが通説的見解」³⁴⁾であって、社会通念として、不起立行為が「教育公務員としての職の信用を傷つけ」たといった見解はまったく成立しないものである。したがって、本件不起立行為を「教育公務員としての職の信用を傷つけ、職全体の不名誉となるもの」とみなして地方公務員法 33 条に違反するとした都教委の判断は、客観的な根拠のない判断であって、都教委の恣意的な思い込みに基づく判断だといわざるをえない。

あるいは、もし都教委が、原告らは職務命令違反の行為を儀式的行事の場で行ったという点を捉えて、原告らの行為を信用失墜行為に該当すると判断したのであるとすれば、当該判断には明らかに根拠がない。なぜなら、儀式的行事の参加者にとっては、職務命令が出された下での儀式であるのか否かは知る由もないので、不起立が職務命令違反に該当するか否かはまったく分からないからである。

結局、懲戒権者は、地方公務員法 33 条を適用できる事実が存在しない下で、法令に関する誤解に基づいて懲戒処分を行ったのであるから、当該懲戒処分は、裁量権の範囲の逸脱またはその濫用にあたるといわざるをえないであろう。また、都教委は、懲戒処分の判断に必要な基礎的事実と法令解釈をまったく示さないまま、処分を行った。したがって、これらの点に関する都

教委の実体的違法（権限行使の逸脱）と手続的違法（理由提示の違法）は明らかである。要するに、不起立行為自体を根拠として地方公務員法 33 条違反ということはできないし、「職務命令違反の不起立行為」を地方公務員法 33 条違反ということもできないのである。

（4） 小 括

以上をまとめれば、次のとおりである。第一に、本件職務命令自体に必要性・合理性が認められないので、これに違反したことを理由とする懲戒処分は、裁量権の範囲の逸脱またはその濫用であって、違法である。第二に、原告らに対する戒告処分は、地方公務員法 32 条違反を理由として処分に付すべき必要性・合理性が具体的事情によって基礎づけられてはいないので、違法である。仮に、最も軽微な懲戒処分だという理由で原告らに対する戒告処分が懲戒権者の裁量権の範囲内だとしても、これを超える不利益な取扱いは違法となる。第三に、懲戒権者は本件において信用失墜行為を理由とする懲戒処分を行うことができないにもかかわらず、これを懲戒処分理由としている点で、原告らに対する戒告処分は違法である。

4 不合格・合格取消し判断における 裁量権の範囲とその逸脱・濫用

（1） 再雇用における裁量権の範囲

1) 懲戒処分の判断と再雇用拒否の判断との関係

上記のとおり、原告らに対する戒告処分は違法だと解されるが、たとえこれが適法だとしても、最高裁判決の判示にあるとおり、それは懲戒処分のうちで最も軽い処分であって、ほとんどマイナスの影響を原告らにもたらさない程度の処分だという理由で許容されるのである。この点からしても、原告

らが職務命令違反で戒告処分を受けたことをもって「重大な非違行為」にあたるとする都教委の評価および当該評価に基づく再雇用拒否の判断は是正されなければならないであろう。

さて、前述の2(5)2で確かめたように、懲戒処分における裁量権行使と再雇用拒否判断における裁量権行使との関係は、(1)前者が違法であれば、懲戒処分歴を理由として行われた後者の判断も違法となる、(2)仮に前者が適法だとしても、後者の判断に裁量権の逸脱・濫用があれば、後者は違法となる、という関係にある。以下では、このような位置にある再雇用拒否判断における裁量権行使の適法性を検討する。

2) 再雇用における裁量権の行使に際して考慮すべき要素

退職者再雇用における判断権者の裁量権の範囲は、新規採用におけるそれとは異なる。新規採用の場合には、雇用前の応募者のキャリアについて判断権者が関与することは原則としてありえず、また、応募者の雇用について責任を負う関係にもない。これに対して、退職者再雇用の場合には、再雇用前の応募者のキャリアについては判断権者が全面的に関与し、かつこれを熟知しており、また、当該判断権者は継続雇用の責任を負う立場にある。つまり、退職者再雇用における採否の判断権者は、正規雇用時における応募者の職務遂行能力を十分に考慮して再雇用後の職務遂行能力の有無を判断しなければならないのであり、また同時に、応募者の退職後の生活保障を考慮に入れた判断を行わなければならないのである。

(2) 再雇用における裁量権の範囲に関する 従前の裁判例の誤解

1) 公務員の再雇用制度における裁量権の範囲に関する誤解

再雇用における裁量権の範囲に関し、従前の裁判例には次のような誤った判断がみられる³⁵⁾。

「再雇用は、新たに公務員として任用する行為であって、現に公務員の身分を有する者についてその身分を失わせる懲戒免職のような処分とは異なる上、……任命の要件として成績要件等を定めた本件要綱も、一般職の地方公務員の任用についての地方公務員法 15 条等とは異なる内部的なものにすぎず、規範性を有するものではないから、この成績要件についての評価及び判断に係る裁量権は、かなりの程度に広いものであり、その不採用が……不法行為を構成するのは、例外的な場合であるといわざるを得ない」。

このような判断は、再雇用制度に関する誤解に基づくものである。というのは、第一に、再雇用での採用拒否が実際には懲戒免職処分ないし停職処分に近似する役割を果たすものとして用いられていること、第二に、「本件要綱」（東京都公立学校再雇用職員設置要綱＝再雇用要綱）は、地方公務員法 15 条所定の“任用の根本基準”を組織内部で具体化した規範と考えられるのであって、一般職の地方公務員の任用についても各種の内部的な要綱が存在することに鑑みれば、再雇用要綱が内部的なものという理由から再雇用における裁量権の範囲が「一般職の地方公務員の任用」における裁量権の範囲よりも広いなどという論理は成り立たないこと、という 2 点をふまえるならば、再雇用における裁量権の範囲が「かなりの程度広いもの」などとはとうていいいえないからである。また、上記裁判例の判断は、地方公務員法 15 条に関しても内部的な裁量基準が存在することを看過したため、比較の対象を誤解している。一般職の地方公務員の任用と再雇用における任用とを比較するのであれば、各々の内部基準を比較すべきであって、前者の法律上の規定と後者の内部基準とを比べて性質が異なるなどと論じるのは、議論の前提に誤りがあるといわざるをえない。さらに、被告が強調する「公務員任用の大原則である成績主義の原則」に基づけば、公正で客観的な評価基準に基づいて「その職の適格性」を判断すべきことになるのであるから³⁶⁾、猟官制におけるような採用権者の広範な裁量権は認められるはずもなく、したがって、法制度に基づいた客観的に正当かつ公正な裁量権行使が行われなければ、「不合理な点」のある裁量権の行使として、当該判断は違法と評価されることになる³⁷⁾。

2) 再雇用拒否の効果に関する誤解

また上記裁判例は、再雇用要綱に基づく再雇用制度について、次のような判断を示している。

「本件再雇用制度は、定年制導入の代償措置として……導入された制度であること、……定年退職者やこれに準ずる者等を対象としていること、……東京都教育庁人事部が作成した手引にも、本件再雇用制度の制度趣旨について、『高齢化社会に対応し、退職する職員に生きがいと生活の安定を与えるとともに、長年都に在職して培った豊富な知識や技能を退職後も都に役立てることにある。』と記載され、退職後の職員の生活安定に資するための制度であることが明記されている。これらを併せ考慮すると、本件再雇用制度が教職員の定年後の雇用を確保するという意義を有することは明らかであるといえる。また、……平成 12 年から平成 14 年まで、都立学校の再雇用職員に申し込んだ者(3132 名)が全員選考に合格し、その後も圧倒的多数は合格していたのであるから、選考の結果、不合格とされるのは例外的な場合であったと考えられる。しかしながら、これらの事情は、制度の機能及び事実上の運用を述べたにすぎず、これらの事情があるからといって、再雇用を希望する者が採用されることについて抱く期待というものは、事実上のものであって、これが法的保護を受ける期待権に当たると解することは困難である」。「本件において、一審原告らは、前記認定事実のとおり、適法な本件職務命令に違反するという非違行為を行った上、これにより戒告処分を受けたのであり、そのことは、本件要綱が要件として定める勤務成績について低い評価をもたらすことはやむを得ないことというべきである」。

すなわち、本件再雇用制度の制度趣旨を考慮すれば、再雇用について不合格とされるのは例外的な場合であるが、再雇用の拒否は法的な権利の侵害ではなく、また、戒告処分を受けた原告らが勤務成績について低い評価をされたことはやむをえないので、都教委の不採用の判断に違法はない、というのである。しかし、これも誤解に基づく判断である。第一に、この判断は、再雇用職員に申し込んだ者の利益を「期待権」だけに収斂させ、これを法的保護にあたらないとみなすことによって、事件の一連の経過の中で権利侵害の問題がまったく生じていないかのように誤解している。原告は再雇用制度という法制度に即して再雇用を求めたのであるから、当該制度の中で適正な審

査を受けることは法的な権利ということができ、したがって、恣意的な審査によって再雇用の機会を奪われることは法的な権利の侵害ということができる。第二に、「再雇用を希望する者が採用されることについて抱く期待というものは、事実上のもの」という判断は、再雇用制度の趣旨を看過している。前述2において東京都の教育職員に関わる再雇用制度を確かめた際に確認したように、2001(平成13)年以降、地方公務員についても任命権者は定年後の職員を原則として再雇用すべきものとされており、さらに2013(平成25)年以降は再雇用が義務化されているのであって、このような再雇用制度の改正状況に鑑みれば、再雇用職員の申込みをした者は「事実上の」期待にとどまらず、法的保護を受ける期待権を、あるいは少なくとも「期待しうる法的地位」を有する³⁸⁾、ということができよう。第三に、上記判断は、都教委による再雇用基準の適用のあり方を審査することなく、「勤務成績について低い評価をもたらすことはやむを得ない」という結論を導いている点で、裁判所に求められる審査を放棄している。すなわち、上記判断は、再雇用の判断基準とされている再雇用要綱等を都教委がどのように適用して原告らを例外的に不合格と判断するに至ったのかについて不問にしているが、最高裁の一級建築士免許取消処分事件判決³⁹⁾によれば、基準の適用関係を示すことなくされた不利益処分は理由提示の要件を欠いた違法な処分とされるのであるから、少なくとも、不起立行為を理由とする職務命令違反の戒告処分だけがなぜ「勤務成績について低い評価をもたらすこと」につながるのかに関する基準の適用関係を、裁判所は厳密に審査しなければならないはずである。

3) ま と め

以上のとおりであるから、上記裁判例の次のような結論、すなわち、「再雇用に当たっては、都教委は、免職処分や一般職地方公務員の任用の場合に比して広範な裁量権を有しているものと解さざるを得ず、……再雇用における本件不合格が、裁量権の著しい濫用ないし逸脱に当たるとまでいうことは

できない」という結論は、まったく誤ったものといわざるをえない。

(3) 本件における裁量基準の具体性・合理性 およびその適用関係

1) 採用許否判断の基準が具体性を欠いており、適用不可能なものであること

さて、前述のとおり、判断過程審査において裁判所が最初に行うべきことは、判断基準が合理的なものであるか否かの審査である。本件における判断基準は、再雇用要綱・講師要綱等であるが、これらは「正規職員を退職……する前の勤務成績が良好であること」などと定めるだけであって、各応募者に対して適用できるだけの具体性を欠いており、とうてい合理的な判断基準とはいえないであろう。後述のとおり、高年齢者雇用安定法に基づく再雇用制度の下では、具体的な継続雇用基準が定められているとみられるところ、民事的な法律関係よりも厳格に適正手続が要請される公法上の法律関係において、基準の具体性は基準が合理的か否かを審査する前提であって、具体的な基準が欠けていることは、それ自体で違法と解されうる。

2) 「退職前の勤務成績が良好であるとの要件を欠く」とする根拠が存在しないこと

次に、本件の原告らはいずれも、原告らの本件不起立行為が職務命令違反・信用失墜行為という重大な非違行為に該当することから、退職前の勤務成績が良好であるとの要件を欠くとして、再雇用について不合格または合格取消しとされた⁴⁰⁾。本件不起立行為を職務命令違反・信用失墜行為とみなすこと自体が違法である点については、前述3(3)のとおりであるが、仮に原告らに対する戒告処分が適法であるとしても、当該戒告処分がなぜ「退職前の勤務成績が良好であるとの要件を欠く」という判断に結びつくのかは、まったく不明である。

この点について、高年齢者雇用安定法上の再雇用拒否の事案である津田電

気計器事件⁴¹⁾と対比しながら、本件を考えてみよう。同事件で、雇用者（被告）は、高年齢者の在職中の業務実態および業務能力につき作成された査定帳票の内容等を所定の方法で点数化し、総点数が0点以上の高年齢者を採用することとしていた。そして、再雇用の申請者である原告に係る上記査定等の内容の点数化にあたり、雇用者は、直近の査定帳票を用いず、賞罰実績につき表彰実績を加算しないなど評価を誤り、総点数を0点に満たないものと評価し、再雇用を拒否した。最高裁は、点数計算に関する原審での認定もふまえて、次のように判断した。

「被上告人〔原告〕は、在職中の業務実態及び業務能力に係る査定等の内容を本件規程所定の方法で点数化すると総点数が1点となり、本件規程所定の継続雇用基準を満たすものであったから、被上告人において嘱託雇用契約の終了後も雇用が継続されるものと期待することには合理的な理由があると認められる一方、上告人〔被告〕において被上告人につき上記の継続雇用基準を満たしていないものとして本件規程に基づく再雇用をすることなく嘱託雇用契約の終期の到来により被上告人の雇用が終了したものとすることは、他にこれをやむを得ないものとみるべき特段の事情もうかがわれないう以上、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められないものといわざるを得ない」。

このように、雇用者側に再雇用について裁量が認められる場合であっても、裁判所は、再雇用に関する具体的な基準が合理的か否か、および、その適用が正しく行われたか（恣意的に不利な適用が行われなかったか）を審査するのである。最高裁は、このような審査を行った結果、雇用契約の終了後も雇用関係が存続していると判断した。公務員の勤務関係は公法上の関係とされるのであるから、再雇用について裁量が認められるとしても、基準の制定と適用については、私法上の関係の場合よりも厳格な説明責任が求められるし、また高い合理性が求められることになる。

3) 都教委が採用許可基準の適用関係を示していないこと

上記の点に関しては、前述の一級建築士免許取消処分事件判決にも注目すべきである。最高裁は、この判決において、処分基準の適用関係を示すこと

なくされた不利益処分は理由提示の要件を欠いた違法な処分であるとして、当該処分を取り消した⁴²⁾。

「建築士に対する上記懲戒処分に際して同時に示されるべき理由としては、処分の原因となる事実及び処分の根拠法条に加えて、本件処分基準の適用関係が示されなければ、処分の名宛人において、上記事実及び根拠法条の提示によって処分要件の該当性に係る理由は知り得るとしても、いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって当該処分が選択されたのかを知ることは困難であるのが通例であると考えられる。これを本件について見ると、本件の実事関係等は前記2のとおりであり、本件免許取消処分は上告人X₁の一級建築士としての資格を直接にはく奪する重大な不利益処分であるところ、その処分の理由として、上告人X₁が、札幌市内の複数の土地を敷地とする建築物の設計者として、建築基準法令に定める構造基準に適合しない設計を行い、それにより耐震性等の不足する構造上危険な建築物を現出させ、又は構造計算書に偽装が見られる不適切な設計を行ったという処分の原因となる事実と、建築士法10条1項2号及び3号という処分の根拠法条とが示されているのみで、本件処分基準の適用関係が全く示されておらず、その複雑な基準の下では、上告人X₁において、上記事実及び根拠法条の提示によって処分要件の該当性に係る理由は相応に知り得るとしても、いかなる理由に基づいてどのような処分基準の適用によって免許取消処分が選択されたのかを知ることはできないものといわざるを得ない。このような本件の事情の下においては、行政手続法14条1項本文の趣旨に照らし、同項本文の要求する理由提示としては十分でないといわなければならない、本件免許取消処分は、同項本文の定める理由提示の要件を欠いた違法な処分であるというべきであって、取消しを免れないものというべきである」。

本件について上記の点をみれば、不採用の原因となる事実と判断基準（任用の基準）について「原告らの本件不起立行為が職務命令違反・信用失墜行為という重大な非違行為に該当することから、退職前の勤務成績が良好であるとの要件を欠く」との説明があるだけで、訴訟での攻撃防御の中でさえも、本件の判断基準の適用関係はまったく示されていない。これでは、原告らは、いかなる理由に基づいてどのような判断基準の適用によって不合格または合格取消しの判断がされたのかを知ることはできない。

4) ま と め

以上のとおり、第一に、本件に関わる再雇用については、裁量権行使の合理性を担保すべき裁量基準が存在していない、第二に、「退職前の勤務成績が良好であるとの要件を欠く」とする採用拒否理由には根拠がない、第三に、都教委は採否の判断基準をどのように適用して拒否判断に至ったのかを示していない、ということができる。判例に照らしてみれば、このような採用拒否の判断は、裁量権の範囲を著しく逸脱し、またはその濫用にあたるものとして、違法だといわざるをえない。

(4) 再雇用の採用許否判断における裁量権の範囲

上記(3)は、裁量基準の設定およびその適用手続に関する違法を述べたが、以下では、都教委によるその適用の実体的な違法を検討する。

1) 判例に照らしてみた場合に再雇用判断権者が有する裁量権の範囲

前述3(3)3)で示したように、判例に基づけば、懲戒権者が、職務命令違反の不起立行為を理由として懲戒処分を行いうるのは戒告処分に限られ、これを超える不利益な取扱いを行うことは過剰な制裁として、違法となる。判例は、処分が及ぼすマイナスの影響を最大限に見積もっても「勤勉手当への影響」ととどまるものと判断して、戒告処分を許容したのである。処分権者が、今度は採用権者として、同一の行為を理由として不採用と判断することは、このような許容限度を超えるものである。もし、都教委が採用権者としての立場で原告らの再雇用を拒否するのであれば、原告らが戒告処分を受けたこと以外の理由を示さなければならない(現に、本件に関わる再雇用制度の運用において、懲戒処分を受けたこと自体——不起立行為以外の場合の懲戒処分歴——は再雇用拒否の理由とはされていない)。

被告は、原告らの再雇用を拒否した理由として「原告が職務命令違反・信用失墜行為という重大な非違行為を行ったことから、原告の退職前の勤務成

績が良好であるとの要件を欠くと判断された」ことを挙げているが⁴³⁾、被告が示す再雇用拒否の理由は、唯一これだけである。したがって、都教委は、戒告処分を行ったのと同じ理由で再雇用拒否という不利益な取扱いを原告らに対して行ったのである。しかも、前述のとおり、都教委は、職務命令違反の不起立行為が、教育活動上の支障をもたらさなかったにもかかわらず、なぜ「退職前の勤務成績が良好であるとの要件を欠く」という評価に結びつくのかについて、説明を行わないままである。都教委は原告らに対して、同一の行為について、いわば“二重処罰”を行ったということになる。都教委による再雇用拒否の判断は、採用権者に委ねられた裁量権の範囲を逸脱するものといわざるをえない。

加えて、都教委が、再雇用拒否の時点でことさらに、原告らの非違行為を「重大な非違行為」と言い募っている点も問題であろう。懲戒処分の時点で「重大」とはいえず、戒告処分とした同一の行為について、再雇用拒否の時点でこれを「重大」と評価するからには、相応の根拠がなければならない。前述3(3)3で指摘したように、「重大な非違行為」と評価するに至った根拠を示しえないのであれば、当該評価は恣意的なものとして、採用権者の裁量の範囲を逸脱しており、そのような評価に基づく再雇用拒否の判断は違法となる。

2) 都教委の「選考」における裁量権の範囲の逸脱またはその濫用

前述4(2)1)および同3)において示したように、再雇用の判断における裁量権の範囲は、新規採用の場合のそれよりも狭い。すなわち、退職者再雇用における採否の判断権者は、正規雇用時における応募者の職務遂行能力を十分に考慮して再雇用後の職務遂行能力の有無を判断しなければならないのであり、また同時に、応募者の退職後の生活保障を考慮に入れた判断を行わなければならないのであるから、正規採用時の応募者の職務遂行能力を無視した判断や、応募者の生活保障をまったく考慮しない判断は、採用権者に委ねられた裁量権の範囲を逸脱するものといえよう。

ところで被告は、応募者の選考について、「公務員任用の大原則である成績主義の原則からして『選考』（選考とは、特定の候補者についてそのものを任用しようとしている職にふさわしい能力があるか否かを実証する方法をいう。）により採用することとされているのであるから、都教委が、その任命に当たり、その職の適格性を有しない者を採用しなければならないいわれはない」と述べている⁴⁴⁾。本来「選考」は、応募者一人ひとりについて「任用しようとしている職にふさわしい能力があるか否か」を精査しなければならないものであるが、都教委がこのような精査を行った形跡はみられない。もし都教委がこれを行ったとすれば、都教委は、原告一人ひとりについて、なぜ任用予定の職との関係で「適格性を有しない者」と判断したのかを示さなければならないであろう。しかし実際に都教委が示したのは、「重大な非違行為」という根拠不明の理由だけであり、任用予定の職との関係はいっさい説明されていない。すなわち、都教委による「選考」は、一方では、各応募者について「任用しようとしている職にふさわしい能力があるか否か」の実証を行わず、それゆえ応募者の職務遂行能力を考慮せず、また、応募者の退職後の生活保障を考慮に入れず、他方において、職務命令に従わずに戒告処分を受けたという一事だけを過大に評価して、再雇用を拒否するという判断に至ったのである。これでは、都教委による「選考」は「考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断する」ものであって、公務員任用の大原則である成績主義の原則に悖る杜撰な選考といわざるをえないであろう。

3) 比例原則違反、平等原則違反等

これまで述べてきたとおり、君が代斉唱時に起立を命じる職務命令に従わなかったという原告らの行為を「重大な非違行為」と評価することは、最高裁の判例に反する評価であるし、また、懲戒権者・採用権者に委ねられた裁量権の範囲を逸脱する違法な評価である。

加えて、採用権者が、上記の職務命令に従わなかったという原告らの行為

を「職場からの排除」という再雇用拒否の判断に結びつけたことは、いわば針小棒大な判断に基づく対応であって、比例原則違反の違法なものといわざるをえない。

被告は、「都教委は、採用候補者選考において、勤務成績や面接の結果等を総合的に勘案して、原告らについて不合格とし、又は選考合格を取り消したのであるが、その際、原告ら各自における個別的な事情（それが原告らにとって有利な事情であっても、不利な事情であっても）も当然に考慮した上で判断している」⁴⁵⁾と述べている。しかし、いったん合格と判断された原告3名が、君が代斉唱時に起立を命じる職務命令に従わずに卒業式で不起立行為をしたことだけで合格取消しとなったことに端的に示されているように、都教委は、まったく総合考慮を行っていない。都教委の唯一の判断基準は、君が代斉唱時に起立を命じる職務命令に従ったか否かという一点だけなのである。この一点で判断しているからこそ、「原告ら各自における個別的な事情が主張、立証されても、あるいはされなかったとしても、上記2項の結論〔職務命令違反の不起立行為が重大な非違行為にあたるもので、勤務成績が良好であるとの要件を欠くと判断し、原告らを不合格・合格取消しとしたこと〕が変わることがない」⁴⁶⁾のである。換言すれば、不起立に関する1回の職務命令違反は、原告らの数十年にわたる教育実績をすべて否定するだけの悪質な行為だと、都教委は判断しているのである。

仮に本件の職務命令違反が「勤務成績が良好であるとの要件」についてのマイナスの要素になりうるとしても、教員としての過去の実績をすべて否定するだけのマイナスの要素と位置づけるならば、このような位置づけは、明らかに評価の適正な比例関係を見失った恣意的なものといわざるをえない。また、都教委が、不起立に関する1回の職務命令違反をもって「再雇用職員、非常勤職員又は再任用職員として採用し、生徒の教育に当らせることはできないと判断した」⁴⁷⁾点も針小棒大な判断であって、適正比例から外れた判断である。最高裁判例に照らしてみれば、評価の対象となる主要な考慮事項を十分考慮することなく、一つの考慮要素のみを重視して判断すれば、そ

れは極めて不合理であって、裁量権行使の逸脱・濫用となるし⁴⁸⁾、また、とりうる代替措置を検討することなく（本件であれば、君が代斉唱時に会場外の業務を指示する等の措置は容易にとることができる）原告らを教育の場から排除することだけを目的とした判断を都教委が行っていることから、社会通念上著しく妥当を欠く裁量権の行使として、違法の評価を免れない⁴⁹⁾。裁判所は、都教委が作成しているはずの原告各人に関する評価書を証拠として提出させ、以上の点について本件の不採用（不合格、合格取消し）の根拠を精査しなければならない。

本件再雇用拒否は、平等原則違反という点でも違法だと解される。1回の戒告処分歴のある者のうち原告らだけを「勤務成績が良好であるとの要件を欠く」と判断しうる根拠はない。体罰事件を起こすという明らかな教育活動上の違法行為に基づいて懲戒処分を受けた教育公務員について「勤務成績が良好である」と判断しながら、教育活動上での違法行為のない原告ら——職務命令に従わなかった行為に教育活動上の違法性はなく、地方公務員法32条に基づく公務員組織上の違法が認められるだけである——についてだけ「勤務成績が良好であるとの要件を欠く」と判断するのは、明らかに不合理である。職務命令違反の懲戒処分を受けた者だけを不採用とする基準は存在しないし、また仮にそのような基準があったとしても、それは合理性を欠いた違法な基準であって、当該基準に基づく処分は違法となる。以上のように、1回の戒告処分歴のある者のうち原告らだけを再雇用しなかった都教委の判断は、不合理な差別に該当し、違法である。

4) 任命権者の不法行為の成立

公務員の継続雇用について、最高裁は、大学附属図書館の日々雇用職員の子の継続雇用について、①それが「特別の習熟、知識、技術又は経験を必要としない代替的事務であって、日々雇用職員によっても適正に処理することができるもの」のための任用であって、②「任命権者が、日々雇用職員に対して、任用予定期間満了後も任用を続けることを確約ないし保障するなど、右

期間満了後も任用が継続されると期待することが無理からぬものとみられる行為をしたというような特別の事情がある場合には、職員がそのような誤った期待を抱いたことによる損害につき、国家賠償法に基づく賠償を認める余地があり得る」が、同事件ではそのような特別の事情は認められないと判断して、任期満了とされた日々雇用職員の賠償請求を棄却した（最判 1994〔平成 6〕・7・14 判時 1519 号 118 頁〔大阪大学附属図書館事件〕）。この判例に照らして本件をみると、① 本件は、「特別の習熟，知識，技術又は経験を必要」とする専門職のための任用であって、② 2001 年以降、地方公務員の再雇用が原則化され、2013 年度以降は再雇用が義務化されたこと、および、東京都教育職員の再雇用制度もこの一環として制度化されたものであり、運用実態としても希望者のほぼ全員が再雇用されていることに鑑みれば、上記判例にいう「特別の事情」がある場合に該当すると解される。近年の裁判例は、一定の専門的職種について、上記のような「特別の事情」を認めて、地方公共団体の賠償責任を積極的に認める判断を示している⁵⁰⁾。本件における任命権者による再雇用拒否の判断が、上記のとおり裁量権の逸脱・濫用にあたることをあわせて考えれば、被告の国家賠償責任の成立は明らかだといえよう。

5) ま と め

以上のとおり、原告らに対する都教委の再雇用拒否の判断は、裁量権の範囲を逸脱または裁量権を濫用したものとして、違法の評価を免れず、またそれゆえ、被告が国家賠償責任を負うべきことは明らかである。

5 結 論

本稿は、本件に関わる再雇用制度の設置の趣旨を確かめた上で、原告らに対する再雇用拒否の判断に即して、懲戒権者としての都教委の裁量権行使の範囲とその適否を検討し、さらに、再雇用の採用権者としての都教委の裁量

権行使の範囲とその適否を検討した。ここから得られた結論は、第一に、原告らに対する戒告処分判断は、懲戒権者に委ねられた裁量権の範囲の逸脱またはその濫用であって、違法だと解されること、仮に当該戒告処分判断が懲戒権者の裁量権の範囲内だとしても、これを超える不利益な取扱いが違法となること、第二に、原告らに対する都教委の再雇用拒否判断は、裁量権の範囲を逸脱または裁量権を濫用したものとして違法の評価を免れないこと、である。これらの違法は、国家賠償法1条の違法に該当するので、被告は同法に基づく損害賠償責任を負うべきである。

前述のように、2013（平成25）年度から、地方公務員についても希望者が原則として全員再雇用される制度になるとされている。本件はその実施前の事件であるが、本件の時点でも、公務員の退職後の生活保障は再雇用制度の重要な要素である。最後に強調しておきたいのは、このような重要な制度的要素を考慮に入れない再雇用拒否判断は、現代という時代が再雇用制度に求める要請をまったく無視した、裁量権の範囲を逸脱した判断だといわざるをえない、ということである。

注

- 1) これらの訴訟の概観および関係文献については、中谷実「君が代斉唱をめぐる司法消極主義と積極主義（一）（二）（三）——外部行為の強制と教員の思想・良心の自由——」南山法学36巻3・4号（2013年）181頁、同37巻1・2号（2014年）95頁、同37巻3・4号（同年）275頁（中谷実『日本における司法消極主義と積極主義Ⅰ』（勁草書房、2015年）第5章）を参照。なお、本稿は、2013（平成25）年7月31日付で東京地方裁判所民事第36部（平成24年（ワ）第34395号損害賠償請求事件）に提出した鑑定意見書「教育公務員の再雇用における採用権者の裁量権の範囲とその限界」を補訂して作成したものであり、科学研究費基盤研究C（課題番号：26380049）による研究成果の一部である。上記事件について、東京地裁は原告らの請求を認容する旨の判決を下した（東京地判2015〔平成27〕・5・25判例集等未登載）。
- 2) 2004年改正以降の高年齢者雇用安定法9条の効力に関する裁判例および学説の動向については、菅野和夫『労働法〔第10版〕』（弘文堂、2012年）536-537頁参照。同様の公法上の義務は、公法上の法主体である被告にも当然課せられている。次に述べる地方公務員法上の再任用制度・再雇用制度・非常勤教員制度の設置は、この義務の履行の一環である。

- 3) 2012 年改正法の趣旨については、菅野・同上 535-538 頁。改正法に至る経緯については、岡村光男「高齢者雇用安定法の改正経緯」第一東京弁護士会労働法制委員会『高齢者雇用安定法と企業の対応』（労働調査会，2012 年）74-108 頁が詳しい。
- 4) 再任用制度に関する 3 段階の整理については、猪野積『地方公務員制度講義〔第 3 版〕』（第一法規，2013 年）71-74 頁。
- 5) 猪野・同上 71 頁。
- 6) 橋本勇『新版逐条地方公務員法〔第 2 次改訂版〕』（学陽書房，2009 年）564 頁。
- 7) 橋本・同上 567-568 頁。この経過措置は，東京都においては，職員の再任用に関する条例の附則 3 項で定められている。
- 8) 橋本・同上 569 頁。
- 9) 2013（平成 25）年 3 月 26 日閣議決定「国家公務員の雇用と年金の接続について」（<http://www.gyokaku.go.jp/koumuin/sankou/08.pdf>：2015 年 6 月 8 日最終閲覧）。
- 10) 2012（平成 24）年 8 月 29 日総務省「地方公務員の雇用と年金の接続に関する制度概要（案）」および 2013（平成 25）年 3 月 29 日総務副大臣通知「地方公務員の雇用と年金の接続について」（http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/jichi_gyousei/koumuin_seido/koreitaisaku.html：2015 年 6 月 8 日最終閲覧）を参照。
- 11) 総務副大臣通知・同上「地方公務員の雇用と年金の接続について」2。総務省・同上「地方公務員の雇用と年金の接続に関する制度概要（案）」1 のただし書きにいう「その者が最下位の職制上の段階の標準的官職（係員等）に係る標準職務遂行能力及び当該官職についての適性を有しない場合」も同一の趣旨であろう。
- 12) 2009（平成 21）年 12 月 21 日付被告「答弁書」31-33 頁，75-77 頁，2010（平成 22）年 5 月 31 日付被告「準備書面（3）」2 頁，2012（平成 24）年 5 月 31 日付け被告「準備書面（23）」2 頁，2012（平成 24）年 12 月 14 日付被告「原告らの求積明申立書に対する回答」2-3 頁など参照。
- 13) 被告「答弁書」・同上 31-33 頁ほか，前掲注 12）を参照。
- 14) 被告「答弁書」・同上 28-30 頁，東京地判 2011（平成 23）・4・18 労働経済判例速報 2112 号 16 頁，東京地判 2012（平成 24）・1・30 LEX/DB 文献番号 25480193 など参照。
- 15) 被告「答弁書」・同上 28-29 頁。
- 16) 被告「答弁書」・同上 31-33 頁ほか，前掲注 12）を参照。
- 17) 被告「答弁書」・同上 29 頁。
- 18) 最判 1974（昭和 49）・7・19 民集 28 卷 5 号 897 頁（郵政職員懲戒処分取消請求事件），島田茂「公務員の勤務関係」宇賀・交告・山本編『行政判例百選 I〔第 6 版〕』（有斐閣，2012 年）16 頁参照。
- 19) 最判 1982（昭和 57）・5・27 民集 36 卷 5 号 777 頁（東京都建設局採用内定取消事件）。
- 20) 塩野宏『行政法 III〔第 4 版〕』（有斐閣，2012 年）284-286 頁など参照。

- 21) 最判 1982 (昭和 57)・5・27・前掲注 19) 参照。
- 22) 例えば、東京地判 2009 (平成 21)・1・19 判時 2056 号、その控訴審である東京高判 2009 (平成 21)・10・15 判時 2063 号 147 頁参照。
- 23) 公務員 (官吏) の勤務関係と「公法上の契約」・行政処分との関係に関する歴史的経緯については、岡田正則『国の不法行為責任と公権力の概念史——国家賠償制度史研究』(弘文堂、2013 年) 24-25 頁および 40-41 頁参照。
- 24) 岡田正則「教育公務員の懲戒処分に関する裁量権の逸脱・濫用の違法について」Law & Practice No.5 (2011 年) 171 頁。
- 25) 学生生徒に対する懲戒処分に関する裁量権を統制した判例として、最判 1996 (平成 8)・3・8 民集 50 巻 3 号 469 頁 (神戸高専剣道実技拒否退学処分事件)、判断過程型の審査方法を示した判例として、最判 1992 (平成 4)・10・29 民集 46 巻 7 号 1174 頁 (伊方原発事件)、また判断過程型の審査方法に関する近年の研究として、榊原秀訓「行政裁量の『社会観念審査』の審査密度と透明性の向上」室井力先生追悼『行政法の原理と展開』(法律文化社、2012 年) 117 頁、特集「行政裁量統制論の展望」法律時報 85 巻 2 号 (2013 年) 4 頁以下、深澤龍一郎『裁量統制の法理と展開』(信山社、2013 年) 第 6 章、渡辺康行「憲法上の権利と行政裁量審査」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相』(有斐閣、2013 年) 325 頁などを参照。
- 26) 裁量権を行使する際の判断について事実による裏づけが必要であることについては、最判 2006 (平成 18)・9・4 判時 1948 号 26 頁 (林試の森事件)などを参照。
- 27) 東京地判 2009 (平成 21)・3・26 判タ 1314 号 146 頁 (平成 19 年(行ウ)第 68 号)から抜粋した (下線は引用者による)。同様の認定は、東京地判 2006 (平成 18)・9・21 判時 1952 号 44 頁、判タ 1228 号 88 頁、東京地判 2007 (平成 19)・6・20 判時 2001 号 136 頁、東京地判 2008 (平成 20)・2・7 判時 2007 号 141 頁などでもなされている。
- 28) 東京都教育庁「教職員の主な非行に対する標準的な処分量定」(平成 18 年 4 月 27 日教育長決定全部改正、平成 20 年 3 月 14 日一部改正)。http://www.kyoiku.metro.tokyo.jp/pickup/p_gakko/kizyun.htm (2015 年 6 月 8 日最終閲覧=平成 26 年 4 月 1 日一部改正を含む) 参照。
- 29) 前掲注 12) 14) 17) 参照。
- 30) 最判 2006 (平成 18)・9・4 判時 1948 号 26 頁、判タ 1223 号 127 頁 (林試の森事件)、および前述 3 (2)における最判 2012・1・16 (教職員懲戒処分取消請求事件)の引用を参照。
- 31) 本件各原告らに対する「処分説明書」における「処分の理由」を参照。
- 32) 東京高判 2012 (平成 24)・11・7 LEX/DB 文献番号 25500072。
- 33) 原告らに対する懲戒処分の理由説明書。
- 34) 東京高判 2011 (平成 23)・3・10 判時 2113 号 62 頁。最判 2012 (平成 24)・1・16 判時 2147 号 127 頁 (教職員懲戒処分取消請求事件)の宮川光治裁判官反対意見も参照。

このような見解は、中谷実「我が国における司法消極主義と積極主義——視点の設定」南山法学 25 巻 2 号（2001 年）（中谷・前掲注 1）『日本における司法消極主義と積極主義 I』第 1 章）および中谷・前掲注 1）によれば、司法積極主義アプローチの一つと位置づけることができる。

- 35) 東京高判 2010（平成 22）・1・28 判例時報 2086 号 148 頁。
- 36) 2012（平成 24）年 2 月 9 日付被告「準備書面（20）」9 頁。
- 37) 行政裁量に関する今日の最高裁の審査方法である判断過程審査によれば、「被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである」とされている。最判 1992（平成 4）・10・29・前掲注 25）（伊方原発事件）参照。
- 38) 最判 2009（平成 21）・11・26 民集 63 巻 9 号 2124 頁（横浜市立保育所廃止条例事件）は、保育所利用者が従前の条件で保育を受ける利益を有することについて、当該利益を事実上の利益だとする被告（横浜市）側の主張をしりぞけ、児童福祉法の保育所入所選考制度をふまえて、「保育を受けることを期待し得る法的地位を有するもの」として、法的保護の対象と位置づけた。本件でも、地方公務員法制における再雇用制度の位置をふまえれば、再雇用に対する期待は法的保護の対象だと解さざるをえないと考えられる。
- 39) 最判 2011（平成 23）・6・7 民集 65 巻 4 号 2018 頁。
- 40) 前掲注 12) 14) 17) 参照。
- 41) 最判 2012（平成 24）・11・29 労判 1064 号 13 頁参照。
- 42) 最判 2011（平成 23）・6・7・前掲注 39）。
- 43) 前掲注 12) 14) 17) 参照。
- 44) 2012（平成 24）年 2 月 9 日付被告「準備書面（20）」9 頁。
- 45) 2012（平成 24）年 5 月 31 日付被告「準備書面（23）」2 頁。
- 46) 被告・同上 2 頁。もしも都教委が実際に「採用候補者選考において、勤務成績や面接の結果等を総合的に勘案して、……判断している」のであれば、他の裁判事例におけるように、各年度の勤務評定点や面接評価点を示さなければならない。例えば、熊本地判 2013（平成 25）・3・13（熊本県教諭再任用不採用事件）は、これらの評価点を裁判所が精査した結果、原告が合格点に達していたものと認定し、熊本県教育委員会の選考手続が客観的合理性に著しく欠けるものであって、裁量権の逸脱濫用の違法があったとして、271 万円余の国家賠償請求を認容している。また最高裁も、前掲注 42) の津田電気計器事件判決において、こうした評価点の認定に基づいて継続雇用拒否の合理性を判断している。それゆえ、都教委の判断の結論が変わる

場合に「勤務成績や面接の結果等を総合的に勘案」した根拠を示さないならば、当然違法になるし、当該判断の「結論が変わることがない」場合であっても、上記根拠を示さないならば、都教委の判断は根拠のない裁量権の行使として違法になるのである。根拠の有無は裁量権行使の適法・違法に直結する問題であって、裁判所はこの点を厳重に審査しなければならない。

- 47) 被告・前掲注 12)「答弁書」75 頁。
- 48) 最判 2006 (平成 18)・10・26 集民 221 号 627 頁，判時 1953 号 122 頁，判タ 1225 号 210 頁（木屋平村入札事件）参照。
- 49) 最判 1996 (平成 8)・3・8・前掲注 25)（神戸高専剣道実技拒否退学処分事件）参照。
- 50) 東京高判 2007 (平成 19)・11・28 判時 2002 号 149 頁（中野区保育士事件），東京高判 2012 (平成 24)・7・4 公務員関係判決速報 417 号 2 頁（武蔵野市非常勤嘱託職員事件）参照。

〔付 記〕 中谷実先生と同じく、私は、2000 年 4 月に南山大学法学部に着任しました。また、大学院法務研究科（法科大学院）が発足した 2004 年 4 月からの 2 年間には、中谷研究科長の下で、教務委員長をさせていただきました。“同期の桜”といった感覚を一方的に抱くとともに、専攻分野や問題関心が近いこともあり、学究肌の中谷先生からたくさんの教えを得る機会にも恵まれました。そして、2006 年 3 月までの南山大学在職中には、上口裕先生にもさまざまなご教示・ご助力をいただきました。この機会に、両先生に心よりお礼を申し上げます。

